
論 説

職業選択の自由をめぐる 司法消極主義と積極主義 (6)

中 谷 実

I はじめに

《凡 例》

——以上(1), 南山法学 42 卷 3・4 号 (2019) ——

II 消極主義のアプローチ

《消極主義 I》

- (1) 「法律上の争訟に当たらず不適法」アプローチ
- (2) 「訴えの利益の事後喪失」アプローチ

《消極主義 II》

α タイプ

- (1) 「申請時の法令の定める許可基準/処分は違法」アプローチ
- (2) 「裁量権の範囲を逸脱/処分は違法, 無罪」アプローチ

β タイプ

- (1) 「罰条の違憲性を上告趣意で初めて主張するのは不適法/有罪」アプローチ
- (2) 「抽象的に違憲違法を主張するのは不適法/処分は適法」アプローチ
- (3) 「処分は適法, 有罪」アプローチ

——以上(2), 南山大学アカデミア社会科学編 17 号 (2019) ——

《消極主義 III》

- (1) 「公共の福祉に基づく制限/有罪, 処分は適法」アプローチ
- (A) 概要・(B) 裁判例

——以上(3), 南山大学アカデミア社会科学編 19 号 (2020) ——

- (C) このアプローチを支える思想

——以上(4), 南山法学 43 卷 3・4 号 (2020) ——

- (D) このアプローチをめぐる

- (2) 「立法政策／処分は適法」アプローチ
- (3) 「積極目的・必要かつ合理的な範囲・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法，有罪」アプローチ
 - (A) 概要・(B) 裁判例・(C) このアプローチを支える思想
——以上(5)，南山大学アカデミア社会科学編 20 号（2020）——
 - (D) このアプローチをめぐって
- (4) 「(消極と積極) 両目的・必要性と合理性あり／処分は適法」アプローチ
- (5) 「目的正当・合理的関連性・比較考量／処分は適法」アプローチ
- (6) 「規制措置は多種多様・総合的衡量・両目的・著しく不合理であることが明白でない／有罪」アプローチ
- (7) 「職業は多種多様(規制目的は千差万別)，規制措置は各種各様・総合的衡量・積極目的・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法」アプローチ
- (8) 「目的不言及・一見極めて明白に憲法に違反しない／立法行為は適法」アプローチ
- (9) 「税目的・合理性と必要性を欠くことが明らかでない／有罪」アプローチ
- (10) 「消極目的・必要性と合理性あり／公権力の行使は適法」アプローチ
——以上(6)，南山法学 44 巻 3・4 号（2021）——

II—《消極主義 III》

- (3) 「積極目的・必要かつ合理的な範囲・著しく不合理であることが明白でない／処分は適法，有罪」アプローチ〔承前〕

(D) このアプローチをめぐって

【こ公衆浴場関係】

H-1.1.20〈こ公衆浴場(無許可)/刑〉最 2 判は，47 年小売市場判決を援用し，規制を「積極的，社会経済政策的な規制目的」と捉え，明白性の原則をもって合憲とした。この点，「厚生施設たる浴場の確保という根本の目的に立ち返れば，自家風呂を持たないいわば経済的弱者の需要に応ずるために浴場の経営の安定化を図る必要性・合理性は一概に否定できない」，「本判決は

このような立場を明確に打ち出した」、「最高裁自身、森林法判決」において従来の定式の理解にそぐわないともみえる判断を示し、注目を集めていた。この点、本判決は、定式どおりの判断を行い、これが廃棄されていないことを示したが、本判決には森林法事件で定式に沿った反対意見を書いた香川裁判官が関与しているのが興味を引く¹²⁾、「本判決が経済的自由の分野、とくに職業の自由の分野において」「二分論の採用を確認したことは、これまでの判例の立場を追認したものとはいえ、今後のこの分野での違憲審査基準を確立したものとして、有意義¹³⁾」等のコメントがある。

他方、「判決は、その手段である距離制限について、『十分の必要性和合理性を有している』と論ずるのみで、その理由を説明しておらず、違憲審査のあり方として疑問である。また、実質的に考えても、距離制限が『公衆浴場業者の健全な経営』をはかり、『国民の保健福祉を維持する』ために必要かどうか検討の余地がある。まず、公衆浴場業者の経営の安定のために、距離制限は一応役に立っているといえよう。しかし、他方で、距離制限は『職業選択の自由』そのものを制限しており、規制手段として行過ぎではないか、あるいは、他に補助金の交付等の手段があり、むしろそれこそが必要ではないか、という問題がある。また、近年公衆浴場の転廃業が続いており、保護の必要性が高いことは事実であるが、しかし、公衆浴場が新設されない現状において、距離制限は、実際には、業者の『健全な経営』に資するものとはなっていないことも留意されよう。また、距離制限は『国民の保健福祉を維持』すると解することも問題となる。ごく単純に考えれば、住民にとっては近隣に公衆浴場が開設されることこそが望ましいからである。住民の保健福祉のために、住民の近隣に公衆浴場を開設することを禁止する、という論理は、矛盾する要素を含んだ屈折したものである¹⁴⁾」との批判もある。

【こ 小 売 市 場】

S-47.11.22〈し市場/無許可/刑〉最大判は、「憲法は消極的規制のほか国の責務として積極的な社会経済政策を予定テーゼ」（前述(C)(2)【全体】イ）参照）

「精神的自由等に関する場合と異なるテーゼ」（前述(C)〈2〉【全体】ウ参照）、「社会経済政策分野における立法府尊重の司法哲学」（前述(C)〈3〉ア参照）をいい、当該立法に強い合憲性の推定を働かせる明白の原則でもって許可制を合憲とした。本判決の意義について、「第一に、規制の目的によって、社会公共の安全と秩序の維持の見地よりする消極的な警察的規制と、福祉国家的理想の下における社会経済政策実施のための積極的な政策的規制の二つに分類されることを明らかにした」、「第二に、個人の経済活動の自由については、精神的自由等の場合と異なって合理的規制が許されるという、いわゆる二重の基準の考え方を判例上初めて明らかにした」¹⁵⁾との指摘、「精神的自由に対する規制と経済的自由に対するそれを区別し、さらに経済的自由に対する消極的規制と積極的規制の存在を指摘するといった一般論を展開することによって、従来の『公共の福祉論』の流れを変えるに至った」¹⁶⁾との指摘がある。「憲法は消極的規制のほか国の責務として積極的な社会経済政策を予定テーゼ」については、「これまで最高裁で、職業選択の自由と公共の福祉による制約との関係が問題とされたケースは、公衆浴場法の問題にせよ、古物営業法の問題にせよ、風俗営業等取締法の問題にせよ、あるいは、その他の問題にせよ、ある種の営業や人の行為を、公共の安全、秩序の保持、国民の保健・衛生、あるいは善良な風俗の維持などといった、いわば、消極的な秩序維持という警察的理由によって制限しようとするものが多く、「小売商業調整特別措置法の小売市場の開設のための建物の貸付、譲渡に対する許可制は、そういった警察取締的な色彩をもつものとは、よほど趣きを異にする」、 「憲法全体の立て前から説き起こして、国民各自には、それぞれ安全・幸福な経済生活を秩序をもって営む権利があり、そのため、必要かつ合理的であると認められる範囲での個人の経済活動に対する法的規制は、積極的性格をもつものでも合憲であるという理念を示した点で、今後の、この種の社会経済政策的立法に重要な指針を与えるものであって、重要な意味をもつ」¹⁷⁾との評価がある。「社会経済政策分野における立法府尊重の司法哲学」については、「司法権と立法権のそれぞれの役割を示した点も、重要かつ適切」¹⁸⁾と

いう評価がある。また、一般論としてではあるが、「機能論的観点」から「事実の存否にかかわる領域は司法作用になじむ」が、「賢明かどうかといった政策にかかわる領域は司法作用になじみにくい」、「つまり、消極規制の場合は、まず害悪の存否が問題であり、次に規制手段がその害悪を避けるために本当に必要なものかどうか、という客観的な事実認識の問題」であるが、「積極規制の場合は、例えば、どの産業を、いつ、どのように保護するのが適切かといった問題にかかわり、『適切か』といっても、日本の経済全体の将来的な健全運営にとってそうだということか、あるいは諸般の事情からとりあえずは当分の間保護するのが適切だということか、等々の問題にかかわり、その是非は司法手続によって確定し難く、また、政治部門にとっても、そうした保護措置が必要最小限度のものであることを立証せよといわれても著しく困難であるに違いない」¹⁹⁾との指摘がある。

このアプローチを正面から否定するのではないが、「多種多様な目的に基づく規制を含みうる『積極目的規制』という概括的なカテゴリーすべてに『明白の原則』を適用することや、職業の自由規制には原則的に『明白の原則』が適用されんとすることは、この領域の違憲審査権の行使をあまりに消極主義的なものとしてしまう」²⁰⁾との懸念から、「47年判決の言う『積極目的規制』の意味は『社会国家』の理念と結びつき、それに由来するものだ」と解すること、したがって具体的には、立法府の広汎な裁量を前提とする『明白性の原則』という審査基準の適用は、限定的に解するのが妥当」²¹⁾とする立場、さらに、「問題となるのは、判旨には、立法府による裁量権の逸脱はない、との結論が示されているだけで、その理由は述べられていない、ということである。一般論として、これでよいかどうかは問題であるが、本件の場合、おそらく判旨は、これらの措置が、『社会経済の調和的發展』という憲法の許容する範囲内の目的をもち、規制の対象も、著しく限られていることから、かなり強度の合憲性を推定し、これを覆えすに足りだけの不合理性は、立証されていない、との判断に基づき、この結論を導き出したものと思われる」、「一般的に言えば、はっきりとした理由も示さず合憲判決を行な

うのでは、徒らに、立法府追従主義の泥沼から抜出すことはできないだろう。『公共の福祉よりもむしろ政党的利益に基づいて』立法が行なわれることが少なくないとされるわが国においては、いつの場合にも、裁判所は憲法の番人たるの役割を、安易に抛棄してはならない」²²⁾等の批判がある²³⁾。

【し酒類販売関係】

S-58.6.28〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉青森地判, S-59.7.19〈し酒類/差押/取消・無効確認〉東京地判とも、47年小売市場判決を援用し、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(前述(C)(2)【し酒類販売関係】ア)参照)、「財政政策(税)分野での立法府尊重の司法哲学」(前述(C)(3)イ)参照)をいい、明白の原則でもって合憲とした。S-58.6.28〈し酒類/免許拒否(経営・需給)/取消〉青森地判について、「酒税確保の目的は、最高裁判例のいう積極的・政策的規制に属するものと言えるか」、「夜警国家理念の範ちゅうを超えて、社会福祉実現のために国家が積極的に実施する社会経済政策に起因する規制をもって積極的・政策的規制と観念するならば、酒税確保の目的をもってする規制は、当然には右に含まれるとは言い得ないであろう。しかし、酒税確保のための規制、換言すれば財政政策のための規制は、右社会政策のためにする規制と、違憲審査基準の問題に関する限り同列に扱われるべきである」として、「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」を肯定し、「したがって審査基準も『明白性の原則』」が妥当する²⁴⁾という好意的コメントもあるが、「本件判決は、酒販免許制の合憲性につき初めて判断を加え、これを肯定した点で重要な意義を有する」としつつ、「徴税目的により、職業選択の自由それ自体を規制する酒販免許制は、目的と手段の均衡を失する疑いがあり、その合理性を認めるのは困難ではないか」、「もとより、本件判決の示すように、昭和13年当時の立法事実をもって、酒販免許制の現在における合理性を証明することは、説得力を欠く」、「仮に酒税の確保を図る目的から何らかの規制措置をとる必要があるとしても、職業選択の自由に対する規制よりゆるやかな、職業活動の内容および態様に対する規制

の方法によって、右目的を十分に達成することができないかどうかを検討すべき²⁵⁾という批判がある。S-59.7.19〈し酒類/差押/取消・無効確認〉東京地判について、『酒税の確保』を根拠に、職業選択の自由を制約する現行の酒類販売業免許制度を合理的と判断することは困難であり、違憲と解される。また、現行の酒類販売業免許制度を、警察的規制目的を理由に合理化しようとするのであれば、違憲性を回避するためにも、現行の酒税法の規制から外し、条例等の警察的規制法の分野に委ねるべきである²⁶⁾という批判がある。

【た 煙 草 販 売】

H-5.6.25-79〈た煙草/不許可/取消〉最2判は、47年小売市場判決を援用して、「激変回避（社会福祉的な配慮）テーゼ」（前出(C)〈2〉【た煙草販売】エ）参照をいい、明白の原則でもって合憲とした。この点、「最高裁自体、合憲性審査基準について従来の二分論に必ずしもとらわれないで判断する傾向も見られていたところではあるが、本判決は、従来の二分論に沿って結論を導いたと見うる点で意義があらう」、「本判決は、たばこ専売制の廃止によって、従来の判例とは異なる規制目的を認定している点が注目される²⁷⁾」とのコメントの他、「本来、営業の許可制、とくに距離制限については、たとえそれが積極目的に分類されうるものであっても、合理性の存否を厳格に判定することが求められたはずであり、そうした場合、本件許可制が合憲の判定を受けることは困難であった²⁸⁾」との批判がある。

【ゆ 輸 入 関 係】

S-59.6.29〈ゆ輸入(蘭系)/制限/国賠〉京都地判は、「養蚕農家のための保護政策テーゼ」（前出(C)〈2〉【ゆ輸入関係】ア）参照をいい、47年小売市場判決を援用したが、後述、2審は、在宅投票制度最高裁判決のみに依拠した。H-2.2.6〈ゆ輸入(蘭系)/制限/国賠〉最3判は、在宅投票制度最高裁判決の他、47年小売市場判決を援用し、明白の原則で対応した。この点、「最高裁判旨が小売市場事件を『判例』として引合いに出したのは、その不備を補う意味を

もつ」,「その基本的な憲法判断の枠組みであるいわゆる明白性の原則からすれば,この点に関する第1審以来の裁判所の結論に無理はない」²⁹⁾というコメントがある。他方,「養蚕農家に対しては繭糸価格安定法及び生糸一元輸入制度によって手厚い保護が与えられているが,ネクタイ業者に対しては輸入ネクタイに対する17%程度の関税賦課,設備の共同廃棄,他産業への転換,政府系金融機関による優先融資等が行われているのみであり,「総体としては,養蚕農家に対する保護とネクタイ業者に対する保護の間には大きな不均衡がある。京都地裁はこれらを検討したうえで,両者の保護の格差は不合理とまではいえないと判断した。そのように言い切れるかが問題である。しかし,高裁,最高裁ともこの論点に関しては全く沈黙し,上記判例の一般論を適用して一刀両断的に処断した。もう少し木目の細かい判断が望ましい」³⁰⁾という批判がある。

H-2.3.29〈せ石油/登録拒否/取消〉東京地判は,「国民経済の発展と国民生活の向上に資することを目的とする石油業法を補完テーゼ」(前述(C)〈2〉【ゆ輸入関係】イ)参照)をいい,47年小売市場判決を援用して,明白の原則でもって合憲とした。本判決が本件登録制度を積極的規制と位置づけた点について,「積極規制か消極規制かを区分するメルクマールとして,小売市場許可規制合憲判決は」,「狭く『経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策』だけでなく,広く『国が社会経済の調和的発展を企図するという観点』からの規制も積極規制と性格づけており,また薬局配置規制違憲判決も,積極規制の態様として『国民経済の円滑な発展や社会公共の便宜の促進,経済的弱者の保護等』を挙げて,これを広く解している。学説上も,同様に広く解するのが一般である。そうだとすれば,本判決の性格づけに問題はない」³¹⁾との好意的コメントの他,「特石法の主要な立法目的は,判決の認定した通りだとしても,既存業者の利益を保護するという隠された副次的な立法目的がそこに含まれていないかという点が,検討される余地があった」³²⁾,「経済的自由規制立法,とくに営業許可という強い規制を定めた立法の合憲性判定について明白の原則を用いることができるのは,当該立法の目的が社会経済的弱者保護

にある場合に限られる。本件で、判決は、『国民生活の向上に資する』との立法の常套句を引き合いに出すのみで、右の点を全く説明していない³³⁾等の批判がある。

(4) 「(消極と積極) 両目的・必要性和合理性 あり/処分は適法」アプローチ

(A) 概 要

これは、法令が憲法 22 条の職業選択の自由に反し無効であり、それにもとづく行政処分は無効であると主張される場合において、規制目的が消極目的と積極目的双方にかかわるとしつつ¹⁾、規制は必要かつ合理的であるとして合憲とし、行政処分を適法とするアプローチである。このアプローチは職業選択の自由へ若干コミットするが、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁 判 例

(1) S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判昭和 60 年 10 月 23 日(訟月 32 巻 7 号 1475 頁)は、原告の主張——酒税法の酒類販売業の免許制の規定は憲法 22 条に違反する——について、「免許制の合憲性を肯定し得るためには、それが、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」とする。そして、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】ア)参照)、「致酔性は付随的効果テーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】カ)参照)をいい、「酒税の保全は、国家の存立や国民のための各種政策の基礎となる財政政策の一環をなして」おり、「酒類販売業免許制の」「基本的目的自体は重要な公共の利益に合致し」、「免許制の」「附随的諸効果」は「公共の福祉に合致する」という。そして、職業の自由に対する規制の合憲性の司法審査について、一般的にいわれる目的二分論に言及し²⁾、「酒類販売業免許制の基本的目的は」「酒税の保全という国の財政政策に係」り、「分類としては、右の前者の積

極的目的のための規制の場合に入れられるべき」とするが、積極目的「の場合であっても尊重されるべき立法府の判断の裁量の範囲については事の性質上おのずから広狭があり得る」とし、「免許制度自体、既存業者の利得に資するおそれテーゼ」（後述(C)〈1〉【し酒類販売関係】ア）参照）をいいつつ、酒類販売業免許制の「基本的目的及び附随的効果が公共の福祉に合致する」という。さらに、その目的を達成するために免許制という規制手段を用いることの可否について、「酒税の滞納や脱税を防止し適正な税収を得るテーゼ」（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】ウ）参照）をいい、「許可制という規制手段を通じて、酒類販売業者の経営を安定させることによって酒税を保全するとともに」「附随的効果の実現を図るという筋道自体にはそれなりの合理性が認められ」、「必要性和合理性を肯認することができる」とする。結局、「本件の酒類販売業免許制の合憲性判断に当たって尊重されなければならない立法府の判断の裁量の範囲は相当程度限定されたものになる」とする「若干複雑な司法哲学」（後述(C)〈3〉ア）参照）をいいながらも、酒税法 9 条、10 条の規定は憲法 22 条に違反しないとし、本件各搜索、差押は違法でないとして請求を棄却する。

(2) S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判昭和 62 年 11 月 26 日³⁾ (民集 46 卷 9 号 2967 頁, ③→ H-4.12.15〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉最 3 判) は、原告の主張——酒税法の酒類販売業の免許制の規定、その要件を定めた 10 条各号の規定は憲法 22 条に違反する——について、「職業選択の自由テーゼ」（後述(C)〈1〉【全体】ア）参照）をいうとともに、「公共の福祉テーゼ」（後述(C)〈2〉【全体】参照）、並びに、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】ア）参照）、「酒税収入が低減しつつあるとしてもテーゼ」（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】エ）参照）、「経営の安定は酒税保全の上で不可欠テーゼ」（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】オ）参照）、「致酔性は付随的効果テーゼ」（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】カ）参照）等をいい、「酒販免許制が酒税保全を目的として採用されたことは、重要な公共の利益のため、必要かつ合理的な立法措置であった」とする。そして、50 年薬事法判決を援用しつつ、酒販免許制という「規制をもたらす酒税保全という財政政策上の目

的は」,「国民経済の円満な発展や経済的弱者の保護等の経済政策ないし社会政策上のいわゆる積極的なものなのか」,「社会生活の安全の保証や自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害の防止等のいわゆる消極的なものなのか」,と一般的にいわれる目的二分論に言及しつつ,「財政政策によって取得される税収は消極目的にも使用されるテーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】イ)参照)をいい,「結論的には,酒税保全という財政政策上の目的は,右の積極的なものでもあり消極的なものでもあつて,そのいずれかに帰せしめるのは相当でない」とする。そして,47年小売市場判決を援用し,「立法府の広範な裁量権と免許制以外のよりゆるやかな規制の有効性との両者の視点をふまえて」という「若干複雑な司法哲学」(後述(C)〈3〉ア)参照)をいいながらも,「営業活動の内容及び態様に対する規制の方がより効果的であつて,酒販免許制は不要であるとする帰結に導くには未だ到らない」,「酒税の保全上,酒販免許制以外のよりゆるやかな規制の有効性はいまだ十分とはいえず」,「立法府の裁量権に照らして勘案してみると,酒税保全という財政政策上の目的が先のいわゆる積極的なものと消極的なものとにまたがるとはいえ,酒税法が酒販免許制を採ったことが,その内容をも含めて,立法府の裁量権の合理的な範囲を逸脱し,職業選択の自由に対し重すぎる規制を課したものである」として,違憲無効であるとまではいえない」として,被控訴人の請求を認容した原判決を取り消し,被控訴人の請求を棄却する。

(3) H-18.8.30〈は廃棄物/受託停止/国賠〉福井地判(判時1951号98頁)は,原告の主張——廃掃法を受けて制定された廃掃法施行令4条2号の制定行為又はこれを改廃しない内閣の構成員による不作為が憲法22条に違反する——について,「政令制定行為が国賠法上,違法の評価を受けるのは例外的とする司法哲学」(後述(C)〈3〉イ)参照)をいう。そして,憲法22条違反については,「廃掃法は生活環境の保全及び公衆衛生の向上という社会政策を目的テーゼ」(後述(C)〈2〉【は廃棄物収集運搬業】ア)参照)をいい,「委託基準の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲内の規制といえるから,憲法22条1項に違反」しない,「委託基準が,廃掃法の委任の趣旨に反するとはいえ

ないし、憲法や他の法律に違反することが明白であるということもいえない」とし、本件委託基準の制定又は改廃不作為が国家賠償法上違法ではない、として原告の請求を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由への若干のコミット

【全 体】

ア) 職業選択の自由テーゼ

S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は上記テーゼをいう(前述(1)(C)〈1〉【全体】ア)参照)。

【し酒類販売関係】

ア) 免許制度自体、既存業者の利得に資するおそれテーゼ

S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判は、「そもそも、商品の販売業免許制という制度自体、一般的に、免許要件の定め、その運用が適正になされなければ、一般消費者の利便、新規参入希望者の利益の犠牲において既存業者の利得に資する結果を招来するおそれを本来内包している」とし、S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は、「酒販免許制がそれ自体直ちに違憲無効とはいえないとしても、それが憲法上保障された基本的人権の一である職業選択の自由を、しかも狭義のそれを規制するものであることに鑑みれば、その規制措置の運用に当たる行政庁たる税務当局の個々の処分が、過度に既存業者の既得の利益保護に傾き、新規参入を封殺する如き場合は、違憲性を帯びることを否定しえない」という。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【全 体】

ア) 公共の福祉テーゼ

S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は、上記テーゼをい

う (前述《消 III》(1)(C)〈2〉【全体】ア参照)。

【し酒類販売関係】

ア) 免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ

S-60.10.23 〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判, S-62.11.26 〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判⁴⁾は上記テーゼをいう (前述(3)(C)〈2〉【し酒類販売関係】ア参照)。

イ) 財政政策によって取得される税収は消極目的にも使用されるテーゼ

S-62.11.26 〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は、「酒税保全ということが、国の財政政策であるからといって、直ちにそれが、右の積極的なものと断定することはできない。蓋し、この財政政策によって取得される税収は、右の消極的なもののためにも使用されるからである」という⁵⁾。

ウ) 酒税の滞納や脱税を防止し適正な税収を得るテーゼ

S-60.10.23 〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判は、「酒税が歴史的にもまた現在においても、租税収入のなかで重要な地位を有しているうえ、他の消費税と比較してその課税率が極めて高いことが認められ、このような事情からすれば、酒税の滞納や脱税を防止し適正な税収を得るには、その直接の納税義務者である酒類製造業者等に対してはもとより、同者と酒税の実質的負担者である消費者との中間に立ち、消費者から受領した、酒税額を含んでいる酒類販売代金のうちの相当部分を酒類製造業者等に支払うという過程を通じて、間接的にせよ酒税の納入に重大な役割を担っている酒類販売業者に対しても合理的な規制を加えることは許される」という。

エ) 酒税収入が低減しつつあるとしてもテーゼ

S-62.11.26 〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は、「酒税は、我が国の租税中、税率において高率であり、かつ、税額において高額であることは顕著な事実であり、酒税収入は、戦後とくに直接税中心の税制のもとで酒税の税収に占める割合が漸次低減しつつあるといっても、酒税収入が依然国の重要な財源をなしていることは明らか」という。

オ) 経営の安定は酒税保全の上で不可欠テーゼ

S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判は、「酒税は間接消費税の一種に属し、担税者である消費者に最終的に転嫁されることを予定して、納税義務者である酒類製造者に賦課されるのであって、この両者の間にあって、右の転嫁、賦課をいわば仲介し、消費者から酒類製造者への納税資金の還流を円滑ならしめる酒類販売業者の地位は極めて重要であり、その経営の安定は、酒税保全の上で不可欠である」という。

カ) 致酔性は付随的效果テーゼ

S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判, S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判⁶⁾は上記テーゼをいう(前述《消Ⅲ》(3)(C)〈2〉【し酒類販売関係】エ)参照)。

【は廃棄物収集運搬業】

ア) 廃掃法は生活環境の保全及び公衆衛生の向上という社会政策を目的テーゼ

H-18.8.30〈は廃棄物/受託停止/国賠〉福井地判は、「委託基準の目的は、一般廃棄物の受託業者に対して必要な規制を加えて、一般廃棄物の適正な処理を確保することにあるが、廃掃法が、生活環境の保全及び公衆衛生の向上を図るという社会政策を目的として掲げていることからすると、委託基準を単なる消極的、警察目的のための規制であると断定することはできないし、廃掃法の諸規定からすれば、受託者について、市町村の責任の下に市町村の代わりに公共サービスを行う主体としてふさわしい者として高い安全性、信頼性を要求・確保することによって、住民に対して一般廃棄物の減量化、分別処理等の施策に協力を求めるための基盤を作るという社会政策的な側面があることも否定できない」という。

〈3〉 司 法 哲 学

ア) 若干複雑な司法哲学

S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判は、「分類として

は」,「積極的目的のための規制の場合に入れられるべき」としつつ,積極目的「の場合であっても尊重されるべき立法府の判断の裁量の範囲については事の性質上おのずから広狭があり得る」,「本件の酒類販売業免許制の合憲性判断に当たって尊重されなければならない立法府の判断の裁量の範囲は相当程度限定されたものになる」という。S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判も,47年小売市場判決を援用しながら,「裁判所は,もとより,酒販免許制の採否が立法政策上の問題である以上,立法府の広範な裁量権に基づく判断を尊重すべきものであるが,よって採られた具体的な酒販免許制という規制措置が,著しく不合理であることが明白とはいえないからといって,直ちにこの立法府の裁量を是認すべきではなく,やはり,必要最小限度の規制でなければならないとはいえないにしても,免許制に比してよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を達成するに十分でないかどうかを一応検討しなければならない。そうして,右の立法府の広範な裁量権と免許制以外のよりゆるやかな規制の有効性との両者の視点をふまえて,立法府のとった裁量的措置である酒販免許制が,その内容をも含めて,凡そ基本的人権の一である職業選択の自由に対する重すぎる規制であるということができるときは,立法府の広範な裁量権にもかかわらず,その合理的範囲を逸脱したものとして右の規制措置を違憲無効とすべく,そうでなければ,これを合憲とすべき」という。両判決が,若干複雑な司法哲学をいうのは,前者においては,「酒類販売業免許制による」「附随的諸効果が右消極的規制に係るものに属することは明らか」として,規制が消極目的にもまたがると捉えることによるものと思われ,後者においては,税収が消極目的にも使われることが根拠とされていることによるものと思われる。

イ) 政令制定行為が国賠法上,違法の評価を受けるのは例外的とする司法哲学テーゼ

H-18.8.30〈は廃棄物/受託停止/国賠〉福井地判は,「内閣の構成員は,政令制定に関しては,原則として,国民全体及び国民の意思を代表する国会に

対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、内閣の構成員の政令制定行為は、政令の内容又は政令改廃不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合など、政令制定権限の裁量を濫用し、又は逸脱したときに、例外的に、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける」という。

(D) このアプローチをめぐる

【し酒類販売関係】

S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判は、前述のように、積極目的「の場合であっても尊重されるべき立法府の判断の裁量の範囲については事の性質上おのずから広狭があり得る」とし、若干、厳格な審査をした上で合憲とした。この点、「本判決は」「裁量の範囲を限定的に解すべき旨を判示しているが」、「これは」、「酒販免許制の特殊性を考慮し、47年判決で示された『明白性の原則』を緩和しようとするものと考えられる。この点においても本判決は評価できる」といいつつも、「右制度が導入された昭和13年当時には、販売業者の乱立→経営の悪化→製造者の販売業者に対する貸倒れの多発→酒税の回収困難という立法事実が存在していた」が、「酒税法の仕組みが変化」しており、「さらに法改正の流れから酒税の確実な徴収が酒販免許制と直接に結びつくものでない」⁷⁾と批判する。

S-62.11.26〈し酒類/免許拒否(経営)/取消〉東京高判が、単純に明白の原則によらず、LRAの審査をしたことについて、「この点における本件判決のもつ意義は高く評価されてよい」⁸⁾という評価の他、「本判決は、高裁レベルでの初の判決である。違憲か合憲かという結果だけではなく、営業許可制の合憲性判断基準として最高裁が近年展開してきた積極・消極の二分論が、租税保全という財政政策に対しても適用されるかどうか、とりわけ注目された」、「本判決は、このような疑問に対して実質的に答えることなく、租税保全を営業の自由を制限しうる公共の福祉と認めたに止まる」、「本判決は、財

政政策としての租税保全目的を、積極的規制であると同時に消極的規制でもあるとしている（消極的規制でもあるとするのは、積極的目的だけでは手段として警察制限たる許可制を採るのを正当化しがたいとの配慮によるのであろうか）」、「なお、財政政策は、消極・積極的規制とは異なるカテゴリーであるとする見解も否定されたわけである。注目すべきは、その消極目的性が、酒の致酔性から導出されたのではなく、税収が消極行政にも使用されるという点によっている」、「その論理は抽象的・観念的にすぎるだけでなく、規制自体の性質を区別基準とする二分論の特性に適っているか、疑わしい」、「消極・積極の両性質を合わせ持つとして、一体いかなる合憲性基準が妥当するであろうか。本判決は、明白の原則によることを否定し、厳格な合理性の基準に似るが、それよりは緩やかな、消極的規制と積極的規制の中間的基準を設定する。即ち、そこでは、必要最小限の原則は要求されず、LRA 基準も『一応検討しなければならない』とされるにすぎない。しかし、その含意は明らかとはいえない」、「むしろ、論理的に考える時には、端的に厳格な合理性の基準に従うとすべきではなかったか」、「本件の場合、積極的規制の側面の存在は、消極的規制に課せられた基準を割り引く論拠になるとは考え難いからである」⁹⁾という批判がある。

（5）「目的正当・合理的関連性・比較考量／ 処分は適法」アプローチ

（A）概 要

これは、法令が憲法 22 条の職業選択の自由に反し無効であり、それにもとづく行政処分は無効であると主張される場合において、規制目的は正当であり、目的と手段に合理的関連性がある、規制することによって得られる利益と規制されることによって生じる不利益の均衡が失われていないとして合憲とし、処分も適法とするアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

S-61.7.29〈たばこ煙草小売/不指定/取消〉名古屋高判昭和61年7月29日(行集37巻7・8号1000頁, ①→S-60.4.26〈たばこ煙草小売/不指定/取消〉名古屋地判, ③→S-62.2.6〈たばこ煙草小売/不指定/取消〉最2判)は, 原告の主張——たばこ専売法の小売人指定制の規定, 小売人指定関係規程等による距離制限は憲法22条に違反する——について, 「たばこの専売制は国の財政上の重要な収入を図るとともに, 一般国民の日常生活における必要に応ずるテーゼ」(後述(C)〈2〉【たばこ煙草販売】ア)参照)をいい, 「税収確保, 均等供給という目的も右規制を正当化する一つの根拠となりうることは「明らか」とし, 「小売場所の偏在, 乱立, 売残り等の防止のため, 本件のようにたばこ小売人の指定, その営業の許可につき, 環境区分別標準距離による規制」「をもって臨むことについては, その間に合理的関連性がある」という。そして, 「本件許可制を採用した場合における国及びたばこ消費者等の利便, そしてその程度と広がりを考えるとき, 右の採用による利益が僅少なものと速断することはできないし, この許可制の採用によるたばこ小売業者一般の不利益, 特に本件規制の内容と方法による右不利益の程度と広がりを考え, 右の利益, 不利益の両者を比較考量すれば, 両者間に均衡が失われているとみることはできない」とし, 控訴を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉職業選択の自由への弱いコミット

職業選択の自由へのコミットについては言及がない。

〈2〉職業選択の自由制限への強いコミット

【たばこ煙草販売】

ア) たばこの専売制は国の財政上の重要な収入を図るとともに, 一般国民の日常生活における必要に応ずるテーゼ

S-61.7.29〈たばこ煙草小売/不指定/取消〉名古屋高判は, 上記テーゼをいう(前

述《消 III》(1)(C)〈2〉【た煙草販売】ア参照)。

〈3〉 司法哲学

司法哲学については言及がない。

(D) このアプローチをめぐって

【た煙草販売】

S-61.7.29〈た煙草小売/不指定/取消〉名古屋高判について、特にコメントは見られない。

(6) 「規制措置は多種多様・総合的衡量・両目的・著しく不合理であることが明白でない/有罪」アプローチ

(A) 概要

これは、法令が憲法 22 条の職業選択の自由に反し無効であり、それにもとづく行政処分、有罪の訴追は無効であるとの主張について、職業への規制措置は多種多様であるとし、総合的衡量をいいつつ、規制目的は、積極、消極両目的であるとして、著しく不合理であることが明白であるかを問い、著しく不合理であることが明白でないとして合憲とし、有罪とするアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判(刑集 43 巻 1 号 14 頁, ①→S-60.11.25〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪簡判, ③→H-1.1.20〈こ公衆浴場/無許可/刑〉最 2 判)は、被告人の主張——適正配置を定める公衆浴場法, 大阪府条例の規定は憲法 22 条に違反する——について、「精神的自由に比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ」(後述(C)〈2〉【全体】イ参照), 「規制措置は

多種多様テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ア), (C)〈2〉【全体】ア参照)をいい,「その憲法 22 条 1 項適合性を一律に論じることではできず,具体的な規制措置について,規制の目的,必要性,内容,これによって制限される職業の自由の性質,内容及び制限の程度を検討し,これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」としつつ,「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉ア参照)をいい,「立法府がその裁量権を逸脱し,当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って,これを違憲として,その効力を否定することができる」とする。そして,「許可制は強力な制限テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】イ参照)をいい,50 年薬事法判決を援用して目的二分論の一般的理解に言及し¹⁾, S-30.1.26〈こ公衆浴場/無許可/刑〉最大判, S-41.6.16〈こ公衆浴場/贈賄/刑〉最 1 判他を援用して,「適正配置規制は保健及び環境衛生上の目的だけでなく社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的もテーゼ」(後述(C)〈2〉【こ公衆浴場関係】ア参照)をいい,この目的は「公共の福祉に合致」し,憲法 22 条に違反しない,最高裁判決「の趣旨に徴しても,その規制の具体的内容及び必要性和合理性については,立法府の判断が合理的裁量の範囲にとどまる限りこれを尊重すべきであり,右適正配置規制及びその手段,態様は著しく不合理であることが明白であるとは解されない」として,控訴を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由へのコミット

【全 体】

ア) 規制措置は多種多様テーゼ

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判は,「職業の自由に対する規制措置は事情に応じて多種多様の形を取る」という。このテーゼは,後述の 50 年薬事法判決に由来するが²⁾, 職業選択の自由へのコミットにも, 職業選択の自由制限へのコミットにもなりうるので,双方に記すことにする。

イ）許可制は強力な制限テーゼ

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判は、「職業の許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である」という。このテーゼは、後述の 50 年薬事法判決に由来する。

〈2〉 職業選択の自由制限へのコミット

【全 体】

ア）規制措置は多種多様テーゼ

前出(C)〈1〉【全体】ア参照。

イ）精神的自由に比較して公権力による規制の要請が強いテーゼ

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判は、「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を有すると規定しているが、職業は本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であって、その性質上社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請が強く、右規定が『公共の福祉に反しないかぎり』という留保を付したのも、特にこの点を強調する趣旨である」という。このテーゼは、後述の 50 年薬事法判決に由来する。

【こ公衆浴場関係】

ア）適正配置規制は保健及び環境衛生上の目的だけでなく社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的もテーゼ

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判は、「公衆浴場法 2 条 2 項及び大阪府公衆浴場法施行条例 2 条の規定する公衆浴場の適正配置規制」「は、単に公衆浴場について保健及び環境衛生上の観点からの取締を目的とするだけでなく、公衆浴場が自家風呂を持たない国民の日常生活上必要不可欠の施設としての公共性を有するものであり、かつ、低料金維持のため入浴料金が

統制額に指定され、利用者の範囲も地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しく、多額の建設費にもかかわらず他業への転用可能性が少ない」「等の公衆浴場経営の特殊性にかんがみて、公衆浴場の濫立を防止することにより既存業者の経営の安定を図り、もって衛生的な公衆浴場の確保という公益を保護しようとする社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための規制であって」、「同規制の目的が単に保健及び環境衛生上からのものだけでなく、公衆浴場の公共性、経営の特殊性から、公衆浴場の濫立を防止することにより既存業者の経営の安定を図り、もって浴場の確保という公益を保護しようとする社会政策ないしは経済政策上の積極的なものでもある」という。

〈3〉 司法哲学

ア) 職業一般での立法府尊重の司法哲学

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判は、「合憲性の司法審査にあたっては、規制の目的において公共の福祉に合致するものと認められる以上は、その具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断が合理的裁量の範囲にとどまるかぎりこれを尊重すべき」という。

(D) このアプローチをめぐって

【こ公衆浴場関係】

S-61.8.28〈こ公衆浴場/無許可/刑〉大阪高判について、コメントは特に見られない。

- (7) 「職業は多種多様(規制目的は千差万別)、規制措置は各種各様・総合的衡量・積極目的・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法」アプローチ

(A) 概要

これは、法令が憲法 22 条に反し無効であり、それにもとづく行政処分は

違法であるとの主張について、職業は多種多様（規制目的は千差万別）、規制措置は各種各様であるとし、総合的衡量をいいつつ、経済政策上の積極目的であるとして¹⁾、著しく不合理であることが明白であるかを問い、著しく不合理であることが明白でないとして合憲とし、処分は適法とするアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁判例

(1) S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判昭和62年3月30日(税資157号1159頁)は、原告の主張——酒税法の酒類販売業の免許制の規定は憲法22条に違反する——について、50年薬事法判決を援用して、「職業選択の自由テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ア参照)、「精神的自由に比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ」(後述(C)〈2〉【全体】ア参照)、「職業は多種多様（規制目的は千差万別）、規制措置は各種各様テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】イ)、〈2〉【全体】イ参照)をいい、「職業の自由に対する規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるか否かは、一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的・必要性・内容・これによって制限される職業の自由の性質・内容及び制限の程度を検討し、これを比較考量したうえで慎重に決定すべきものである」という。そして、「規制には自ら一定の限界テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ウ参照)、「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉ア参照)をいうとともに、「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉イ参照)、さらに、目的二分論の一般的理解に言及し²⁾、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲とし、その効力を否定することができる」とする。そして、「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】ア参照)をいい、「酒類販売免許制度の目的は、重要な公共の利益に合致し」、「その制限は右の積極的規制の場合に該当する」、「酒類販売業

者に対し、一定の規制措置を設けて、その自由を制限することは、その目的において、一応の合理性が認められ」、「その規制の手段・態様においても、申請者が同法 10 条に掲げる消極的要件に該当しない限り免許を与えることを原則とし、その消極要件の内容も、酒税逋脱の防止、酒税滞納の防止、附随的に犯罪の防止等を目的とするものであることがあきらかであるから、不合理なものとはいえず、結局右制度が著しく不合理で立法府が裁量権を逸脱したことが明白な規定であることまで解することはできない」とし、酒税法 9 条 1 項は憲法 22 条に違反せず、本件差押え処分は適法であるとし、請求を棄却する³⁾。

(2) H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判平成 6 年 4 月 18 日(行集 45 巻 4 号 1057 頁, ①→H-2.3.29〈せ石油/登録拒否/取消〉東京地判平成 2 年 3 月 29 日, ③→H-8.3.28〈せ石油/登録拒否/取消〉最 1 判)は、原告の主張——登録要件を定める特定石油製品輸入暫定措置法の規定は憲法 22 条に違反する——について、50 年薬事判決を援用しつつ、「職業選択の自由テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ア参照)、「精神的自由に比較して公権力による規制の要請がよいテーゼ」(後述(C)〈2〉【全体】ア参照)、「職業は多種多様(規制目的は千差万別)、規制措置は各種各様テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】イ)、(C)〈2〉【全体】イ参照)をいい、「その憲法 22 条 1 項適合性は、具体的な規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較した上で慎重に決定されなければならない」とする。そして、「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉ア参照)をいい、「合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る」という。さらに、「許可制は強力な制限テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】エ参照)をいい、「その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」とし、「本件登録制度も、その実質において許可制と変わりがない」という。そして、登録制度の目的について、「特石法は国民経済の発展と国民生活の向上に資するテーゼ」(後述(C)〈2〉【ゆ輸入関係】ア参照)をいい、「その輸入主体をこれらの能力

を持ち合わせた者に限定することは、特石法が時限立法として制定されたことをも考え併せれば、重要な公共の利益のために必要な措置」とする。そして、本件登録制度の内容及び規制方法の合理性について、「社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉イ)参照)をいい、47年小売市場判決を援用して、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」とし、「登録要件は積極的・社会経済的政策目的テーゼ」(後述(C)〈2〉【ゆ輸入関係】イ)参照)を述べ、1号要件、3号要件は、「規制手段として著しく不合理であることが明白である場合ということとはできず、憲法22条に違反しないと、本件処分には違法はないとして控訴を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由へのコミット

【全体】

ア) 職業選択の自由テーゼ

S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判, H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は上記テーゼをいう(前述《消Ⅲ》(1)(C)〈1〉【全体】ア)参照)。

イ) 職業は多種多様(規制目的は千差万別), 規制措置は各種各様テーゼ

S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判は、「職業は、その種類・性質・内容・社会的意義及びその影響において、極めて多種多様であるため」「それに対する規制を要する社会的理由・目的も千差万別であり、重要性も区々にわたる」とし、H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、「職業の自由に対する規制措置は事情に応じて各種各様の形をとる」という。このテーゼは、職業選択の自由へのコミットにも、職業選択の自由制限へのコミットにもなりうるので、双方に記すことにする。

ウ) 規制には自ら一定の限界テーゼ

S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判は上記テーゼをいう

(前述《消 III》(3)(C)〈1)【小売市場】ア)参照)。

エ) 許可制は強力な制限テーゼ

H-6.4.18 〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、上記テーゼをいう
(前述《消 III》(6)(C)〈1)【全体】イ)参照)。

〈2〉 職業選択の自由制限へのコミット

【全 体】

ア) 精神的自由と比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ

S-62.3.30 〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判⁴⁾、H-6.4.18 〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、上記テーゼをいう (前述《消 III》(6)(C)〈2)【全体】イ)参照)。

イ) 職業は多種多様(規制目的は千差万別)、規制措置は各種各様テーゼ
前述(C)〈1)【全体】イ)参照。

【し酒類販売関係】

ア) 免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ

S-62.3.30 〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判は、上記テーゼをいう⁵⁾(前述《消 III》(3)(C)〈2)【し酒類販売関係】ア)参照)。

【ゆ輸入関係】

ア) 特石法は国民経済の発展と国民生活の向上に資するテーゼ

H-6.4.18 〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、「特石法は」、「高度な石油精製能力を備えるべきことを同法5条の要件として設定し、右要件を充たした者を登録する」「方法によって石油製品輸入の促進を図り、消費地精製主義を維持し、これを通じて究極的には石油業法の目的である『石油の安定かつ低廉な供給の確保を図り、もって国民経済の発展と国民生活の向上に資すること』を達成しようとする」、「したがって、『最近における石油製品貿易をめぐる国際環境の著しい変化に対応し、特定石油製品の輸入を円

滑に進めるため、特定石油製品の輸入の事業に関し必要な暫定措置を定める』(特石法1条)との特石法の目的は、高度な石油精製能力を有する者のみ石油製品の輸入を認めることで、消費地精製主義を変更することなく石油製品の輸入の促進を図り、外国との良好な通商関係を維持することを目的とするものであるというべきであり、3号要件も石油製品の品質の確保がその輸入を阻害することにならないようにする方策として設けられた」という。

イ) 登録要件は積極的・社会経済的政策目的テーゼ

H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、「本件登録要件は」、「石油製品の輸入の促進を図り、外国との良好な通商関係を維持するとともに、石油の安定かつ低廉な供給の確保を図るため、輸入主体を高度の石油精製能力、貯蔵能力及び品質調整能力を有する者に限定するものである。そして、1号要件は、石油製品の連産品特性及び石油貿易市場が未完成であることから生じることが予想される一部石油製品の供給不足の事態に対処するために得率調整能力の保持を定めたものであるから、積極的・社会経済的政策目的による職業選択の自由に対する制約である」、「3号要件は、間接的には消極的・警察的目的のための規制に繋がる効果を有するものであるが、消費者の安全の確保のためという警察的な視点から設けられたものではなく、内外の品質格差があっても石油に関する国際的な取引の要求に応えざるをえなかったためにあえて輸入を行うことにし、輸入主体を品質の調整を行うことができる業者に限定したものであるから、同要件もまた、積極的・社会経済的政策目的による職業選択の自由に対する制約というべきである」とする。

〈3〉 司法哲学

ア) 職業一般での立法府尊重の司法哲学

S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判は、「そしてその法的規制においては」、「主として立法政策の問題として、立法府の裁量判断にまつほかなく……」という。H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高

判は同旨。

イ) 社会経済政策分野での立法府尊重の司法哲学

S-62.3.30〈し酒類/差押(無免許)/無効確認〉福島地判は、「一般に職業の自由に対する制約には、社会公共に対する危険防止のための消極的規制と、社会・経済政策のための積極的規制とに大別され、積極的規制の場合には、その性質上消極的規制に比較し、さらに広汎な立法府の裁量権が認められる」という。H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判は、「社会経済の分野において、職業選択の自由にかかわる法的規制措置を講ずる必要がある場合、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかを総合判断するにあたっては、その社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要である。このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家机关であり、「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量判断を尊重するのを建前とし……」という。

(D) このアプローチをめぐる

【ゆ輸入関係】

H-6.4.18〈ゆ輸入(石油)/登録拒否/取消〉東京高判について、「目的二分論に立って、特に3号要件については」、原審、H-2.3.29〈せ石油/登録拒否/取消〉東京地判「が積極目的と消極目的の両方を併有したものと判断していたのとは異なり」、「1号同様3号要件も、積極的・社会経済的政策目的による職業選択の自由に対する制約であると判断した」⁶⁾とのコメントがある。

(8) 「目的不言及・一見極めて明白に憲法に違反しない/ 立法行為は適法」アプローチ

(A) 概 要

これは、憲法 22 条違反の法律の制定により損害を被ったとの主張に対し、法令の目的については言及しないまま、一見極めて明白に憲法に違反しないとして訴えを斥けるアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁 判 例

(1) S-61.11.25〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉大阪高判昭和 61 年 11 月 25 日(訟月 33 巻 8 号 2062 頁, ①→S-59.6.29〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉京都地判, ③→H-2.2.6〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉最 3 判)は、原告の主張——生糸の一元輸入措置および生糸価格安定制度を内容とする蘭糸価格安定法の改正行為は憲法 22 条に違反する——について、「国会議員の立法行為が賠償の責に任ずるのは例外的とする司法哲学」(後述(C)〈3〉ア)参照)をいう。そして、「一見極めて明白に憲法の右条項に反する部分がある」かについて、「職業選択(営業)の自由テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ア)参照)をいいつつ、「公共の福祉テーゼ」(後述(C)〈2〉【全体】ア)参照)をいい、職業選択の「自由の内容は一義的に定まっているとはいえず、本件法律中に一見極めて明白に憲法の右条項に反する部分があるとはいえず、国会の立法行為は違法でないとして請求を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由への弱いコミット

【全 体】

ア) 職業選択(営業)の自由テーゼ

S-61.11.25〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉大阪高判は、「憲法 22 条 1 項は国

民の基本的な人権の一つとして職業選択の自由を保障し、右職業選択の自由のなかには営業の自由も含まれる」という。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【全 体】

ア) 公共の福祉テーゼ

S-61. 11. 25 〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉大阪高判は上記テーゼをいう(前述《消 III》(1)(C)〈2〉【全体】ア参照)。

〈3〉 司 法 哲 学

ア) 国会議員の立法行為が賠償の責に任ずるのは例外的とする司法哲学

S-61. 11. 25 〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉大阪高判は、「国会議員の立法行為が国家賠償法上違法な行為としてその賠償の責に任ずべき場合とは、右国会議員の職務義務違反が個別の国民の権利に対応した関係での法的義務に違反したと評価しうる場合、すなわち、立法の内容が一見極めて明白に憲法に違反するとともに直接個別の国民の権利を侵害するにもかかわらずあえて当該立法を行ったという例外的な場合に限られる」とする。

(D) このアプローチをめぐって

【ゆ 輸 入 関 係】

S-61. 11. 25 〈ゆ輸入(蘭糸)/制限/国賠〉大阪高判は、国賠法上賠償の責に任ずべきは例外的な場合として訴えを斥けた。この点、「いかにも貧弱という印象を拭うことができない。というのも、その部分は、要するに、営業の自由なり財産権の行使なりが公共の福祉の要請に基づいて制限されうることを抽象的に説き、権利内容が憲法上一義的でないから、本件立法は違憲でないと述べるにとどまっているからである。そこには、最高裁判決がやはり『当裁判所の判例』として引用したいわゆる小売市場事件」「への言及すらなく、充分な判示とはいえなかった。立法行為に対する国家賠償法の適用の問

題を扱った1年前の在宅投票制度廃止事件の判断枠組みへの対応に気を取られたせいかも知れない¹⁾との指摘がある。

(9) 「税目的・合理性と必要性を欠くことが 明らかでない/有罪」アプローチ

(A) 概 要

これは、法令が憲法22条に違反し無効であり、それにもとづく有罪の訴追も無効であるとの主張について、規制目的は税目的であり、規制は合理性、必要性を欠くことが明らかでないとして有罪とし、訴えを斥けるアプローチである。このアプローチは、職業選択の自由へ若干コミットするが、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁 判 例

(1) H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判平成2年3月27日(判タ732号200頁, ②→H-5.11.10〈し酒類/無免許/刑〉東京高判, ③→H-10.3.24〈し酒類/無免許/刑〉最3判)は、被告人の主張——酒税法の酒類販売業の免許制の規定は憲法22条に違反する——について、「職業選択の自由テーゼ」(後述(C)〈1〉【全体】ア参照), 「精神的自由に比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ」(後述(C)〈2〉【全体】ア参照), 「免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】ア参照), 「税分野での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)〈3〉ア参照)をいい, 「当該規制措置が」「規制目的との関連で合理性を欠くことが明らかでない限り, 立法裁量の範囲を逸脱したものとしてその規制措置の必要性及び合理性を否定するということとはできず, 「これを憲法22条1項の規定に違反するものとすることはできない」とする。そして, 再び, 「酒税収入の確保テーゼ」をいい, 「右の立法目的」は「正当」とする。さらに, 酒販業免許制が立法目的との関連で合理性を欠くことが明らかについて, 「酒税の徴収・転嫁の過程において酒類販売業者の果たすべ

き役割の重要性テーゼ」(後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】イ)参照)をいい、「酒販業免許制を採用していることをもって右立法目的との関連で合理性を欠くことが明らかであるとはいえないから、酒販業免許制の必要性及び合理性を否定するということとはでき」ない、とし、酒税法 9 条 1 項及び同条項に違反した者に対し罰則を定めた規定は憲法 22 条の規定に違反しないと、有罪とする。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由への若干のコミット

【全 体】

ア) 職業選択の自由テーゼ

H-2.3.27 〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は上記テーゼをいう(前述《消 III》

(1)(C)〈1〉【全体】ア)参照)。

イ) 酒販業免許制の運用いかんによっては違憲性を帯びるおそれテーゼ

H-2.3.27 〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は、合憲判断をした後であるが、『酒類の販売業免許の取扱いについて』と題する国税庁長官通達「のような要件に係る規定そのものが、一面では酒類販売業者の新規参入を阻害し、本来酒販業免許制の反射的利益にすぎない既存の酒類販売業者の営業利益を保護するかのように事実上機能するおそれを内包していることは間違いなく、この見地からすれば、右規定を適用し、その規制措置の運用に当たる税務署長の個々の処分が過度に既存の販売業者の利益保護に傾き、新規参入を封殺するような場合には違憲性を帯びる場合もあることは否めない」という。

〈2〉 職業選択の自由制限へのコミット

【全 体】

ア) 精神的自由と比較して公権力による規制の要請がつよいテーゼ

H-2.3.27 〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は、上記テーゼをいう(前述《消 III》

(6)(C)〈2〉【全体】イ)参照)。

【し酒類販売関係】

ア) 免許制度は国家財政上重要な酒税収入の確保を図るテーゼ

H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は、上記テーゼをいう（前述《消III》(3)(C)(2)【し酒類販売関係】ア参照）。

イ) 酒税の徴収・転嫁の過程において酒類販売業者の果たすべき役割の重要性テーゼ

H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は、「酒類販売業者は、酒類製造者によって製造された酒類が流通する過程にあつて酒類製造者と消費者とを結び、酒類製造者が納税義務者として納付した酒税を担税者である消費者に円滑かつ確実に転嫁し、これを酒類製造者に回収させるとともに、将来の酒税納付に備えさせるという役割を担っており、このような酒税の徴収・転嫁の過程において酒類販売業者の果たすべき役割の重要性に鑑みると……」という。

〈3〉 司法哲学

ア) 税分野での立法府尊重の司法哲学

H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判は、「租税立法に当たっては、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般を踏まえた総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、具体的な課税要件及び租税の賦課徴収の手続を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかであるから、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断に委ねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるをえない」、「租税法の分野において租税の徴収手続の一環として立法された職業選択の自由に対する規制措置についても、その規制の目的が当該租税の徴収確保という正当なものである以上、当該立法による規制の必要性、規制の対象、規制の手段・態様については原則として立法裁量に委ねられた問題と**いうべく……**」という。

(D) このアプローチをめぐる

【し酒類販売関係】

H-2.3.27〈し酒類/無免許/刑〉静岡地判について、特にコメントは見られない。

(10) 「消極目的・必要性和合理性あり/ 公権力の行使は適法」アプローチ

(A) 概 要

これは、改正された法令が憲法 22 条違反であるとともに、改正に至るまでの国の公権力の行使は違法であるとの主張に対し、規制目的を消極目的と捉え、規制には必要性和合理性があり、公権力の行使は適法だとして国賠の請求を斥けるアプローチである。このアプローチの職業選択の自由へのコミットは弱く、職業選択の自由制限へのコミットは強い。

(B) 裁 判 例

(1) H-2.7.11〈もモデルガン/禁止(所持)/国賠〉東京地判平成 2 年 7 月 11 日(判時 1359 号 51 頁, ②→H-6.3.30〈もモデルガン/禁止(所持)/国賠〉東京高判)は、原告の主張——モデルガンの規制強化は憲法 22 条に違反する——に対し、行政指導及びその撤回の適否につき、「自主規制では犯罪の発生を防止できないテーゼ」(後述(C)〈2〉ア)参照)をいい、「これらの行為が」、「国家賠償責任の発生原因となる国の公権力の行使行為に当たるものとしても、これが違法に行われたものとするのは困難である」とする。そして、法改正の内容の合理性については、「改造モデルガンによる犯罪の発生防止テーゼ」(後述(C)〈2〉イ)参照)をいい、この目的は、「公共の福祉に適合する」という。そして、「それが自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的な措置としても行われるものであることからすれ

ば、この規制の合憲性が肯定されるためには、その規制の内容が規制の目的達成のために必要かつ合理的なものと認められること、すなわち、これによって生ずる原告らの職業活動に対する制約と均衡を失しない程度の規制の必要性が肯定されるとともに、その規制目的との関係からみて規制内容の合理性が肯定されることが必要」だとする。そして、「職業一般での立法府尊重の司法哲学」(後述(C)(3)ア参照)、「よりの確なモデルガンの改造防止策テーゼ」(後述(C)(2)ウ参照)をいい、「昭和52年の法改正によるモデルガンの規制については、そのような規制の必要性が現に存在していた」という。さらに、「規制内容は組合の安全基準に修正を加えたものテーゼ」(後述(C)(2)エ参照)をいい、「昭和52年の法改正によるモデルガンの規制については、それがモデルガンを改造した銃器による犯罪の発生を防止するという公共の福祉に合致する目的のために行われたものであり、その規制の必要性及び規制内容の合理性の点でも、これを違法とすべき点は認められず、また、その前段階で行われた警察庁による行政指導の過程においても、被告国の国家賠償責任を生じさせるような違法な点があったものとは認められない」として、原告らの請求を棄却する。

(C) このアプローチを支える思想

〈1〉 職業選択の自由への弱いコミット

【もモデルガン】

職業選択の自由にコミットする言及は見られない。

〈2〉 職業選択の自由制限への強いコミット

【もモデルガン】

ア) 自主規制では犯罪の発生を防止できないテーゼ

H-2.7.11〈もモデルガン/行政指導撤回(規制強化)/国賠〉東京地判は、「モデルガン製造業者等に対して行われた警察庁側によるこのような指導、要請等を内容とするいわゆる行政指導は、業界の自主規制によって改造銃器によ

る犯罪の発生を防止できるものであれば、それによって法改正の必要はなくなるものとして、その成り行きと効果を見守っていくという形で行われたものと認めることができ、また、その後のこの行政指導に関する方針の撤回は、業界の自主規制という方法によるのでは、改造銃器による犯罪の発生を防止するという行政目的が必ずしも十分には達成できないと考えられるような事態が生じてきたことから行われた」という。

イ) 改造モデルガンによる犯罪の発生防止テーゼ

H-2.7.11〈もモデルガン/行政指導撤回(規制強化)/国賠〉東京地判は、「モデルガンの製造販売の規制が、モデルガンを改造した銃器による犯罪の発生を防止するという公共の福祉に適合する目的のために行われるに至った」という。

ウ) よりの確なモデルガンの改造防止策テーゼ

H-2.7.11〈もモデルガン/行政指導撤回(規制強化)/国賠〉東京地判は、「規制の必要性の点に関しては、当時、それまでに取られてきた業界の自主規制による方法のみでは、モデルガンが銃砲に改造されるという事態を的確に防止し難いような状況が発生していた」、「これらの状況を踏まえて、改造銃器による犯罪の発生を防止し公共の安全と秩序を維持するという職責を負っている警察庁において、よりの確なモデルガンの改造防止策を確立するために、何らかの法規制の方法を取る必要性があると判断したことに、違法な点があったものとすることは困難」、という。

エ) 規制内容は組合の安全基準に修正を加えたもののテーゼ

H-2.7.11〈もモデルガン/行政指導撤回(規制強化)/国賠〉東京地判は、「規則に定められた模擬銃器（モデルガン）を銃器に改造することを著しく困難にするための要件等は、いずれも、基本的には組合の側で定めていた安全基準を基礎とし、それに必要な修正等を加えたもの」という。

〈3〉 司法哲学

ア) 職業一般での立法府尊重の司法哲学

H-2.7.11 〈もモデルガン/禁止(所持)/国賠〉東京地判は、規制内容の合理性の「検討と考量は、第1次的には行政府あるいは立法府の権限と責務に属することがらであるから、裁判所がその規制内容の合憲性の有無を審査するに当たっても、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、行政府あるいは立法府の判断がその合理的裁量の範囲内にとどまっていると考えられるかぎり、その判断を尊重すべき」という¹⁾。

(D) このアプローチをめぐって

【もモデルガン】

H-2.7.11 〈もモデルガン/行政指導撤回(規制強化)/国賠〉東京地判は、規制目的を消極目的として捉え、必要かつ合理的規制とした。本判決について、「薬事法最高裁判決の趣旨に依拠しており、その意味でオーソドックスではあるが、この、同判決で定式化されたかにみえる規制目的二分法は、今日大いに見直しを迫られている」、「本判決に従来の枠組みへの再検討姿勢が見出せないのは、今日の時点ではまことに物足りない」、「少なくとも、業界の製造上の工夫に期待するとの従来の自主規制の方針を撤回して法的規制に転じたについては、それにより原告が現実に損害を被っている以上、補償措置を講じないまま右撤回をしたのは信義則ないし禁反言の法理違反に当たるというべきではなかろうか²⁾」という批判がある。

注

(3) 「積極目的・必要かつ合理的な範囲・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法、有罪」アプローチ (D)

12) 常本照樹・判例セレクト 89' 13 頁 (法教 113 号, 1990)。本コメントは、本判決後の、H-1.3.7 〈公衆浴場/不許可/取消〉最 3 判 (前述《消 III》(1)(B)(101)参照) が、規制目的が積極的なものか消極的なものかを明らかにせず、「必要かつ合理的な規制」として合憲としたことと対比して、本判決が「経営安定を強調し、衛生確保に

は直接には触れていないことに照らすと、距離制限をもつばら積極目的規制にとらえるか、消極・積極規制のいずれかに択一的に属せしめることはできないとみるかの違いによるといえるかもしれない」という。

- 13) 原田國男・曹時 42 卷 2 号 449 頁 (1990)。同論者は、本判決と S-30.1.26〈公衆浴場/無許可/刑〉最大判との関係について、「昭和 30 年代には、公衆浴場は増加する傾向にあり、競争の激化による経営の不安定化という懸念もあったが、昭和 40 年代からは、自家風呂の普及に伴い、公衆浴場は減少に転じ、現在に至っても、その傾向に歯止めがかかっていない。他方、公衆浴場を必要とする住民（今日では、外国人労働者も多いという）にとっては、公衆浴場はまさに日常生活に不可欠な公共的施設である（この点は……大法廷判決も適切に指摘しているところである）。立法当時のような過当競争の弊害を心配する必要はなく、むしろ、公衆浴場を確保するために、積極的に既存業者を保護、助成する必要が一層強くなっている。国においても、昭和 56 年には、『公衆浴場の確保のための特別措置に関する法律』が制定され、他方、東京都等では、確保浴場制度がとられ、公衆浴場の助成がはかられている。このような現状のもとでは、距離制限も経営安定のための一方策として必要かつ合理的である」という。原田國男・ジュリ 934 号 98-99 頁 (1989)。
- 14) 戸波江二・法教 106 号 74 頁 (1989)。その他、「先例である」、S-30.1.26〈公衆浴場/無許可/刑〉最大判は、「同法の規制目的は主として『国民保健及び環境衛生』の見地からの弊害防止にあるとしていた。たしかに、近時の公衆浴場減少の状況下で、自宅に、浴室を持たない住民の需要に応じてこれを確保する必要性が一層高まっていることは本判決のいうとおりであるが、右の弊害防止目的なお否定できまい。そして何よりの問題は、距離制限によって右住民の需要に応えることができるのかという、規制手段の適切性にある。むしろ、法は公衆浴場が下宿学生や外国人労働者などの居住地域に重点的に配置されるよう配慮すべきであるところ、距離制限は、それに適合した制度であるとはいえず、やはり、既存業者の狭い利益保護の性格の強いものであって、合理性をもちえない」との批判がある。小林武・法セミ 416 号 95 頁 (1989)。
- 15) 中村睦男・ジュリ別冊 186 号 205 頁 (2007)。
- 16) 常本照樹・ジュリ別冊 217 号 204 頁 (2013)。本コメントは、「憲法は消極的規制のほか国の責務として積極的な社会経済政策を予定テーゼ」について、「最高裁が、本判決において積極的規制の意義を打ち出したのには、当時、護送船団方式といわれる政府による積極的産業政策が全盛期を迎えていたという社会背景があった」と指摘し、「精神的自由等に関する場合と異なるテーゼ」については、「経済的自由と精神的自由等とで規制のあり方が異なるという『二重の基準』的考え方は、学説において早くから主張されていただけでなく、政府によっても示唆されていたが」、「大法廷がこれに論及したのは本件を嚆矢とする。もっとも、本判決では、積極的規

制の文脈で両者の区別が語られており、消極的規制の場合については明言されていない」と指摘する。

- 17) 林修三・判例解説憲法編(4) 185, 191 頁(1989)。もっとも、同コメントは、「現実の立法においては、名目は、国民それぞれに均衡のとれた経済的發展を保障するという立て前をとる立法が、実質的には、ある業態に属する既存の業者や人々の既得的な地位の保護にとどまっているものが、しばしば見受けられる」、「現在の自由主義的経済体制の下では、新しくある種の事業や行為をはじめようとする人々にも、その機会は公平適切に確保されるべきであり、これも一つの公共の福祉であろうと考えられる。いたずらに、満員御断りというような考え方の下に、新規の人々をしめ出して既存の業者や人々の既得的地位を保護するということは許されない」(192 頁)という。
- 18) 林・前出注 17) 191 頁。
- 19) 佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準論』」『現代立憲主義の展開 上』31-32 頁(1993) 所収。
- 20) 木下智史・法教 205 号 66 頁(1997)。
- 21) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』487 頁(1994)。
- 22) 今村成和・ジュリ 524 号 108 頁(1973)。
- 23) その他の批判については、木下・前出注 20) 66 頁以下参照。
- 24) 宝金敏明・ひろば 37 巻 11 号 77-78 頁(1984)。
- 25) 岩崎政明・ジュリ 834 号 98, 100 頁(1985)。
- 26) 石村耕治・法と民主主義 208 号 37 頁(1986)。
- 27) 内田義厚・判タ臨増 882 号 319 頁(1995)。
- 28) 小林武・法教 164 号 103 頁(1994)。
- 29) 大石眞・ジュリ別冊 186 号 209 頁(2007)。
- 30) 松下満雄・ジュリ 956 号 78 頁(1990)。このような批判に対し、「本件は、法律の違憲性ないし国際法に抵触する国内法の効力を問題とする訴訟ではなく、国賠法 1 条 1 項違反を問題とする訴訟なのであるから、必要な範囲で」、在宅投票制度訴訟最高裁判決「が示した国賠法上の違法性の判断基準に沿った検討をすれば足りる」、「法律の違憲性と国賠法 1 条 1 項の違法性の判断は、判例上別個のものとされたというべきであり、事実上、立法行為について国家賠償責任が認められる余地はほとんどなくなった」との反論がある。萩原秀紀・行政関係判例解説平成 2 年 433 頁(1992)。
- 31) 梶村太市・行政関係判例解説平成 2 年 310 頁(1992)。
- 32) 内野正幸・ジュリ臨増 980 号 28 頁(1991)。
- 33) 小林武・法セ 429 号 119 頁(1990)。同コメントは、「判決は 5 条 3 号の規制措置について、政策目的と警察目的を併有する複合的なものと認めた上で法の趣旨を『総合』して、重点は前者にあるとした」が、「この手法」は、「人権保障の観点から

すれば、規制目的が複合的である場合、厳しい方の審査基準を選ぶことを原則とすべき」と批判する。

(4) 「(消極と積極) 両目的・必要性和合理性あり/処分は適法」アプローチ

- 1) 両目的といっても、S-60.10.23〈し酒類/差押(無免許)/国賠〉福島地白河支判では積極目的が主とされ、S-62.11.26〈し酒類(免許拒否 10 条 10 号)/取消〉東京高判では税収が消極目的にも使われることが根拠とされている。
- 2) 本判決は、「社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための規制の場合と、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的規制の場合とに分類し、前者については、立法府の裁量的判断を尊重して、規制の目的において一応の合理性が認められ、また、規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白でない限り、その規制は合憲であるが、後者については、規制の手段・態様において、よりゆるやかな制限によっては規制の目的を十分に達成することができないと認められるか否かによって合憲性を審査する、とされている」という。
- 3) 1 審、東京地判昭和 54 年 4 月 12 日(民集 46 卷 9 号 2963 頁)は、酒税法 10 条 10 号後段に規定する「経営の基礎が薄弱であると認められる場合」に当たるとしてなされた酒類販売業免許拒否処分について、そのような事由は存しないとして取り消した。憲法問題は提起されていない。
- 4) 本判決は、「国は、国民に対し、経済の発展、福祉の充実や、社会生活の安定、秩序の維持等各種の公共サービスを提供することを任務とし、そのためには膨大な資金を要するところ、租税はその財政的基盤を形成するものである。従って、一般に、租税収入の保全是、公共の福祉のための財政政策に係るものといえることができ、職業選択の自由への制約を可能ならしめる」という。
- 5) 本判決は、さらに、「しかし他方、酒税保全といっても、酒販免許制は、既に成立している酒税債権の徴収方法の問題にすぎず、その直接の狙いは、酒税の滞納の防止ということに尽きるとして、右の消極的なものであると論断することも相当ではない。蓋し、滞納の防止は、酒税保全のための一局面にすぎず、酒税保全の目的には、単なる滞納の防止以上の右の積極的なものをも包含しているからである」と続ける。
- 6) 本判決は、「国民の健康、衛生、風紀にかかわる致酔飲料としての酒類」という表現を用いる。
- 7) 高野幸大・ジュリ 888 号 120 頁(1987)。本コメントは、昭和 13 年以前は造石税制度(酒が貯蔵タンクに貯えられた時点での石数に税率が乗ぜられて酒税が課せられる制度)が、その後、造石税制度と移出課税制度(製造場から移出した酒類に課税する制度)が併置され、昭和 19 年、現在の移出課税制度が全面的に採用された経

緯にふれ、課税方法の変化により、酒税の消費者への転税がより確実になったとして、「法改正の流れから酒税の確実な徴収が酒販免許制と直接に結びつくものでないことが推察される」（120-121 頁）という。

- 8) 釜田泰介・法教 92 号 106 頁（1988）。もっとも、本コメントは、「租税収入の保全自体が公共の福祉の内容を構成すると一般的に言えるとしても、職業選択の自由を規制することを正当化できるほどの公共の福祉とは言い難い」、「この規制が公共の福祉による規制と言いうるためには、規制理由は税の保全ではなく食品業に共通する国民の健康安全の保持などであるべきであろう」、「酒類販売業に対する公的規制理由と税の保全とは全く別次元の問題なのである。この点の審議を立法院は十分つくしていなかったのではないか」（105 頁）と批判する。
- 9) 高橋正俊・ジュリ臨増 935 号 31 頁（1989）。

(6) 「規制措置は多種多様・総合的衡量・両目的・著しく不合理であることが明白でない/有罪」アプローチ

- 1) 本判決は、「その合憲性を肯定しうるためには、原則として重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共にもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によるのでは右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するものであり、この要件は許可制そのものについてのみならず、個々の許可条件についても要求される」という。
- 2) 同判決は、総合的衡量という判断基準を提示するが、この提示に先立ち、「職業は多種多様テーゼ」をいう。後述するように、同判決によると、このテーゼは、① 職業は多種多様、② 規制目的も積極目的から消極目的まで千差万別、③ 規制措置も各種各様という 3 つの部分からなるが、その後の諸判決は、表現を若干変えたり、一部を利用したりする。

(7) 「職業は多種多様（規制目的は千差万別）、規制措置は各種各様・総合的衡量・積極目的・著しく不合理であることが明白でない/処分は適法」アプローチ

- 1) 後述、S-62.3.30〈し酒類/差押（無免許）/無効確認〉福島地判は、酒類販売免許制度の目的は、社会・経済政策のための積極的規制というにとどまらず「租税収入の確保」を明確にいう（後述(C)〈2〉【し酒類販売関係】A参照）。
- 2) 本判決は、「一般に職業の自由に対する制約には、社会公共に対する危険防止のための消極的規制と、社会・経済政策のための積極的規制とに大別され、積極的規制の場合には、その性質上消極的規制に比較し、さらに広汎な立法院の裁量権が認め

られる」という。

3) 本判決は、本件訴えのうち本件差押無効確認の訴え及び予備的請求である本件差押取消請求の訴えはいずれも不適法であるとして却下する。

4) 本判決は、「憲法が保障する他の自由に比べて」という表現を使う。

5) 本判決は、「現行の酒類販売業免許制度の目的は、旧法を承継し、酒類販売業者の経営の安定を通じて、酒税収入の確保を目的とする」という。

6) 比佐和枝・行政関係判例解説平成6年240頁(1996)。

(8) 「目的不言及・一見極めて明白に憲法に違反しない/立法行為は適法」アプローチ

1) 大石眞・ジュリ別冊186号209頁(2007)。

(10) 「消極目的・必要性と合理性あり/公権力の行使は適法」アプローチ

1) 本判決は、「警察庁で右の規則案を作成するに当っては、銃砲について専門的な知識を有する専門家から数回にわたって意見を聴取し、この改正案の内容はこれら専門家の意見内容を踏まえたものとなっていることが認められる」「のであり、また、そもそもこの種の規制措置の内容の決定については、直接この問題を所管する行政部局である警察庁がその専門的な経験等に基づいて行う裁量判断が尊重されるべき」という。

2) 小林武・法セ435号113頁(1991)。